



Brugge

College of Europe
Collège d'Europe



Natolin

Le contrôle européen des concentrations et les leçons à tirer de la crise financière et économique

Pablo González Pérez



DEPARTMENT OF
EUROPEAN LEGAL STUDIES

Research Paper in Law

06 / 2013



College of Europe
Collège d'Europe



European Legal Studies

RESEARCH PAPERS IN LAW

6/2013

Pablo González Pérez

Le contrôle européen des concentrations et les leçons à tirer de la crise financière et économique

© *Pablo González Pérez, 2013*

European Legal Studies/Etudes Européennes Juridiques

Dijver 11 | BE-8000 Brugge, Belgium | Tel. +32 (0)50 47 72 61 | Fax +32 (0)50 47 72 60

E-mail law.info@coleurope.eu | www.coleurope.eu

Le contrôle européen des concentrations et les leçons à tirer de la crise financière et économique

Pablo González Pérez*

I. INTRODUCTION

Le contrôle européen des concentrations a fait l'objet de plusieurs réformes dans le passé.¹ En effet, huit ans après l'entrée en vigueur du premier règlement en la matière,² celui-ci a été modifié par le règlement 1310/97. Six ans plus tard, il a été remplacé par le règlement 139/2004.³ Dans ce sens, la Commission européenne (Commission dorénavant) a toujours fait preuve d'une volonté d'améliorer l'efficacité du système de contrôle afin de préserver son effet utile.

Dès le déclenchement, à la fin de l'année 2008, de la crise financière et économique en Europe, l'application du droit européen de la concurrence a été mise en question. À cet égard, certaines revendications reposaient non pas sur une révision de quelques éléments spécifiques de ce domaine du droit de l'Union européenne mais sur une tolérance des pratiques anticoncurrentielles afin d'aider l'Europe à retrouver le chemin de la croissance. S'il est vrai que nous partageons l'approche adoptée par la Commission à ce sujet, consistant à ne pas admettre un tel assouplissement des règles européennes en matière de concurrence,⁴ il n'en est pas moins vrai que nous considérons qu'il serait souhaitable, dans le contexte de la crise, de réfléchir sur une éventuelle révision des objectifs du contrôle européen des concentrations et des principes gouvernant l'intervention de la Commission ainsi que de certains aspects procéduraux et substantiels de la législation européenne en la matière. Quelles sont donc les leçons que la Commission devrait tirer de la crise en matière de contrôle des concentrations ? Plus concrètement, quelles devraient être les réponses aux questions qui, à notre avis, ont été soulevées par la crise financière et économique dans le domaine du contrôle européen des concentrations ?

Par la suite, nous examinerons tout d'abord le point de vue de la Commission, des praticiens et de la doctrine par rapport aux défis auxquels fait face le système de

* Cet article reprend le mémoire rédigé sous la direction du Professeur Jean-Yves Art à l'occasion du séminaire « Le contrôle des concentrations » dispensé au Collège d'Europe.

¹ Commission européenne, *Communication de la Commission au Conseil. Rapport sur le fonctionnement du règlement n° 139/2004*, COM (2009) 281 final, Bruxelles, 18 juin 2009, p. 2.

² Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JO L 257/14 du 21 septembre 1990.

³ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (« le règlement CE sur les concentrations »), JO L 024 du 29 janvier 2004.

⁴ N. KROES, Commissaire européenne chargé de la concurrence, « Commission Enforcement Policy and the Need for a Competitive Solution to the Crisis », discours, Irish Centre for European Law, Dublin, 17 Juillet 2009.

contrôle européen des concentrations actuellement en vigueur dans le contexte de la crise financière et économique (II). Dans un deuxième temps, nous donnerons notre avis sur les leçons que la Commission devrait tirer de celle-ci en matière de contrôle des concentrations (III).

II. EXAMEN, SOUS L'ANGLE DE LA COMMISSION EUROPÉENNE, DES PRATICIENS ET DE LA DOCTRINE, DES QUESTIONS SOULEVÉES PAR LA CRISE FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE DANS LE DOMAINE DU CONTRÔLE EUROPÉEN DES CONCENTRATIONS

La crise financière et économique qui caractérise l'histoire récente de l'Europe a soulevé un certain nombre de questions dans le domaine du contrôle européen des concentrations. À cet égard, la place de la protection de l'emploi dans l'analyse des opérations de concentration de dimension communautaire (A) ; la possibilité d'alléger les charges supportées par les entreprises et de faciliter la relance de l'économie européenne en modifiant certains aspects procéduraux du système en vigueur (B) ; l'éventuelle révision de l'exception de l'entreprise défaillante (C) ainsi que l'approche que devrait suivre la Commission suite à l'invocation par un État membre, dans le cadre de l'article 21 paragraphe 4 du règlement 139/2004, de la protection de l'emploi en tant qu'intérêt public (D) constituent, à notre avis, les principaux éléments de réflexion qui peuvent être tirés de la crise financière et économique dans le domaine du contrôle européen des concentrations.

A. Quelle devrait-être la place de la protection de l'emploi dans l'analyse des opérations de concentration de dimension communautaire ?

Par opposition au Royaume-Uni,⁵ l'analyse des opérations de concentration de dimension communautaire s'est toujours basée sur l'appréciation de facteurs strictement liés à la défense d'une concurrence libre et non faussée.⁶ Dans ce sens, d'autres objectifs de politique publique, tel que la protection de l'emploi, n'ont jamais

⁵ « Le modèle d'un droit de la concurrence flexible à objectifs multiples trouva son apogée dans le système de l'après-guerre au Royaume-Uni. [...] [L]e test adopté et qui servait de base dudit droit n'était pas basé sur l'efficacité économique, n'était même pas principalement basé sur la concurrence, et était hautement discrétionnaire, basé plutôt sur une évaluation permettant de déterminer si les entraves à la concurrence étaient contraires à l'intérêt général. [...] L'ampleur du test fondé sur l'intérêt général aurait donc pu permettre l'invocation de considérations d'ordre social afin d'autoriser des pratiques qui, autrement, auraient été considérées comme des pratiques anticoncurrentielles. Ce droit de la concurrence axé sur l'intérêt général n'est plus, cependant, le droit dominant au Royaume-Uni, encore moins en Europe ou aux États-Unis » (T. PROSSER, *The Limits of Competition Law. Markets and Public Services*, Oxford University Press, 2005, p. 25). Traduction de l'auteur.

⁶ L. BRITTAN, Commissaire européen chargé de la concurrence, « The early days of EC Merger Control. EC Merger control : ten years on », discours, International Bar Association, Londres, 14-15 Septembre 2000, p. 3, cité dans N. LEVY, *European merger control law: a guide to the merger regulation*, Matthew Bender, 2003, p. 2.

guidés l'examen réalisé par la Commission. En effet, dès l'entrée en vigueur du règlement 4064/89, la Commission a maintenu une approche selon laquelle «le règlement sur les concentrations ne devrait pas être utilisé comme un moyen d'imposer une politique industrielle en Europe, malgré la volonté d'un bon nombre des participants au débat de le faire. Que ce soit parce qu'ils souhaitent créer des champions européens ou parce qu'ils voulaient permettre que les considérations sociales aient une incidence importante, ils désiraient que la formulation du règlement soit suffisamment large afin que la Commission puisse prendre en considération des aspects allant au-delà des effets de la concentration sur la concurrence dans le marché pertinent. Finalement, les partisans d'une politique industrielle ont été efficacement repoussés et le règlement donne clairement la primauté au critère basé sur l'impact concurrentiel de l'opération de concentration ».⁷ De nos jours, certaines affirmations contenues dans des articles et des discours rédigés par Philip Lowe⁸ et Cecilio Madero Villarejo,⁹ fonctionnaires de la Commission, démontrent que l'approche à laquelle nous venons de faire référence demeure en vigueur. De ce fait, selon la Commission, la protection de l'emploi n'a pas de place dans l'analyse des opérations de concentration de dimension communautaire.¹⁰

⁷ *Ibid.* Traduction de l'auteur.

⁸ « En temps de crise, on entend parfois dire qu'il serait pertinent que la Commission puisse être capable de prendre en compte des considérations d'ordre plus vaste, tel que l'emploi. Cependant, l'expérience a montré qu'un instrument juridique tel que le règlement sur les concentrations est plus efficace lorsqu'il vise l'accomplissement d'un seul objectif. Les préoccupations en matière d'emploi nécessitent une réponse par le biais d'autres instruments » (P. LOWE, « Competition Policy and the Global Economic Crisis », *Competition Policy International* 2009, volume 5, n° 2, p. 18). Traduction de l'auteur.

⁹ « Le contrôle européen des concentrations repose fermement sur l'idée du besoin de maintenir des structures de marché compétitives au profit des consommateurs et des entreprises. Notre examen se concentre uniquement sur cet aspect. Le système européen maintient d'autres considérations d'ordre politique nettement séparées du processus de contrôle des concentrations, aussi bien en termes de substance que de processus [...] Évidemment, l'emploi, l'environnement ou la politique de sécurité sont importants, mais nous considérons qu'il y a d'autres mécanismes de contrôle ou réglementation possible en dehors du champ de la politique en matière de concentrations qui sont plus appropriés pour leur faire face. De ce fait, nous estimons qu'il est essentiel que l'évaluation d'autres politiques soit maintenue séparée et soit conforme aux principes fondamentaux d'une concurrence libre et non faussée et des règles du jeu équitables » (C. MADERO VILLAREJO, Directeur Général Adjoint chargé des activités Antitrust au sein de la Direction Générale de la Concurrence de la Commission Européenne, « Recent trends in EU merger control », discours, 7th International Conference on Competition Law and Policy, Beijing, 1^{er} juin 2011, pp. 10-11). Traduction de l'auteur.

¹⁰ À notre avis, un des arguments sous-jacents de l'approche suivie par la Commission est le suivant : bien qu'elle ne prenne pas en compte la protection de l'emploi lors de l'analyse des opérations de concentration de dimension communautaire, cela ne veut pas dire que l'application des règles de concurrence en matière de concentrations ne conduise pas à un niveau d'emploi élevé. Tel que le signale Emmanuel Combe, Vice-président de l'Autorité française de la concurrence, « la concurrence n'est pas un jeu à somme nulle, où ce que gagnent les consommateurs serait perdu par les salariés. [...] [L]orsqu'un prix baisse, la demande augmente ce qui compense en partie les destructions d'emplois qui auraient eu lieu si la demande était restée inchangée. Ensuite, s'il y a des destructions d'emplois chez les opérateurs installés, il ne faut pas oublier les créations d'emplois chez les nouveaux entrants, dont on parle moins. [...] La concurrence n'est pas l'ennemi de l'emploi » (COMBE, E., « La politique de la concurrence, un instrument au service de la croissance et de l'emploi », *Concurrences* 2013, n° 1, pp. 4-5).

Malgré le point de vue défendu par la Commission, Luís Pais Antunes considère que, dans le contexte de la crise qui touche l'Europe depuis 2008, « le moment est venu de réinventer la politique européenne de la concurrence [...] pour la rendre plus efficace, sans mettre en cause ses fondements ni renier ses principes, mais surtout pour être en mesure de répondre aux énormes défis qui se posent à nous ».¹¹ Dans ce sens, aussi bien Bernard Van de Walle de Ghelcke que Jacques Bourgeois et Cormac O'Daly maintiennent qu'un certain nombre d'éléments présents dans le règlement 139/2004 justifieraient que la Commission ne puisse pas méconnaître, dans son analyse des concentrations, l'impact de celles-ci sur l'emploi. D'une part, « les critères de l'article 2 (1) a) et b) du Règlement sur le contrôle des concentrations sont suffisamment souples pour permettre de trouver en toute légalité les équilibres nécessaires [entre les objectifs de politique industrielle et de sauvegarde de l'emploi, d'une part, et du maintien d'une structure de concurrence effective d'autre part] ».¹² Par ailleurs, d'après le considérant 23 du règlement 139/2004,¹³ « la Commission se doit de placer son appréciation dans le cadre général de la réalisation des objectifs fondamentaux visés à l'article 2 du traité instituant la Communauté européenne et à l'article 2 du traité sur l'Union européenne [devenus l'article 3 TUE] », parmi lesquels se trouve une « économie sociale de marché hautement compétitive qui tend au plein emploi et au progrès social ». De même, l'article 18 paragraphe 4 du règlement 139/2004¹⁴ établit que « si des personnes physiques ou morales justifiant d'un intérêt suffisant, et notamment [...] des représentants reconnus des travailleurs [des entreprises concernées], demandent à être entendues, il est fait droit à leur demande ». Ainsi, « à moins que la Commission soit censée prendre en compte ces points de vue plus tard dans son analyse de la concentration, il est difficile de savoir quel serait l'objectif auquel répondrait [l'article 18 paragraphe 4 du règlement 139/2004] ».¹⁵

À cet égard, il convient de noter que l'approche défendue par Bernard Van de Walle de Ghelcke, Jacques Bourgeois et Cormac O'Daly s'appuie sur l'arrêt du Tribunal de Justice des Communautés européennes (aujourd'hui Tribunal de Justice l'Union

¹¹ L. PAIS ANTUNES, « Réinventer la politique européenne de la concurrence », *Concurrences* 2010, n° 3, Editorial.

¹² B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, « Crise économique, concurrence et compétitivité », *Concurrences* 2013, n° 2, Editorial.

¹³ J. BOURGEOIS et C. O'DALY, « Hard times : Employment issues in EU Merger Control » dans Krasnodębska-Tomkiel, M. (dir.), *Changes in Competition Policy over the last two decades*, Polish Office of Competition and Consumer Protection, Warsaw, 2010, p. 169.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.* Traduction de l'auteur.

européenne) dans l'affaire *Vittel*.¹⁶ En effet, suite au recours introduit par les représentants des travailleurs des entreprises concernées par la décision de la Commission autorisant le rachat de Perrier par Nestlé,¹⁷ le Tribunal de Justice des Communautés européennes a établi que, « dans le système du règlement n° 4064/89, la priorité accordée à l'instauration d'un régime de libre concurrence peut, dans certains cas, être conciliée, dans le cadre de l'appréciation de la compatibilité d'une opération de concentration avec le marché commun, avec la prise en considération des incidences sociales de cette opération, lorsque celles-ci sont de nature à porter atteinte aux objectifs sociaux visés à l'article 2 du traité. [...] En effet, l'article 2, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 4064/89 impose à la Commission d'effectuer un bilan économique de l'opération de concentration en cause, lequel peut faire intervenir, le cas échéant, des considérations d'ordre social, comme le confirme le treizième considérant de ce même règlement, énonçant que la Commission se doit de placer son appréciation dans le cadre général de la réalisation des objectifs fondamentaux visés à l'article 2 du traité ».¹⁸ Dans ces conditions, le Tribunal de Justice des Communautés européennes a estimé « que, dans l'économie du règlement n° 4064/89, la situation des salariés des entreprises faisant l'objet de l'opération de concentration en cause peut, dans certains cas, être prise en considération par la Commission lorsqu'elle adopte sa décision. C'est pour cette raison que le règlement individualise les représentants reconnus des travailleurs de ces entreprises, lesquels constituent une catégorie fermée et clairement délimitée au moment de l'adoption de la décision, en leur conférant, de manière expresse et spécifique, le droit de présenter leurs observations au cours de la procédure administrative ».¹⁹

B. Serait-il pertinent de modifier certains aspects procéduraux du système en vigueur afin d'alléger les charges supportées par les entreprises et de faciliter la relance de l'économie européenne ?

Au-delà de la protection de l'emploi, la crise financière et économique a mis en évidence la nécessité de mettre en place des mesures destinées à alléger les charges supportées par les entreprises afin d'assurer leur fonctionnement efficace et de les aider à retrouver le chemin de la croissance. En Europe, il serait donc

¹⁶ TPICE 27 avril 1995, *Comité central d'entreprise de la société anonyme Vittel et Comité d'établissement de Pierval et Fédération générale agroalimentaire c/ Commission*, affaire 12/93, Recueil p. 01247, cité dans J. BOURGEOIS et C. O'DALY, précité à la note 13, p. 169.

¹⁷ Décision de la Commission du 22 juillet 1992 déclarant la compatibilité avec le marché commun d'une concentration (Affaire nIV/M.190 — Nestlé/Perrier), JO 1992 L 356.

¹⁸ *Vittel*, précité à la note 16, attendu 38-39.

¹⁹ *Vittel*, précité à la note 16, attendu 40.

envisageable de se demander si la modification de certains aspects procéduraux de la législation en matière de contrôle des concentrations pourrait parvenir à atteindre ces objectifs. Deux questions semblent être pertinentes à ce sujet. D'une part, devrait-on passer d'un contrôle *a priori* des concentrations à un contrôle *a posteriori* ou à un système hybride ? (a). D'autre part, quel que soit la réponse à la question antérieure, la simplification de la procédure de notification serait-elle nécessaire ? (b).

a. Devrait-on passer d'un contrôle *a priori* des concentrations à un contrôle *a posteriori* ou à un système hybride ?

D'après le considérant 34 du règlement 139/2004, « pour assurer un contrôle efficace, il y a lieu d'obliger les entreprises à notifier préalablement leurs concentrations qui ont une dimension communautaire ». Cette affirmation résume assez bien l'avis de la Commission par rapport à la raison d'être du contrôle *a priori* des concentrations de dimension communautaire. Tel que l'indique Catalin Stefan Rusu, « la logique à la base du système européen de contrôle des concentrations actuellement en vigueur est qu'il est beaucoup plus facile de bloquer une concentration susceptible de porter atteinte à la concurrence que de faire face à la situation *ex post*, une fois le dommage causé ». ²⁰ De ce fait, selon la Commission, aucune raison ne justifierait le passage d'un contrôle *a priori* des concentrations à un contrôle *a posteriori* ou à un système hybride, l'efficacité du contrôle des concentrations pouvant être ainsi mise en péril. D'ailleurs, cela nous a été confirmé, aussi bien par Carles Esteve Mosso ²¹ que par Johannes Luebking, ²² fonctionnaires de la Commission, lors des entretiens que nous avons maintenus avec eux dans le cadre de cet article. Comme nous le verrons par la suite, la recherche de la relance de l'économie européenne pourrait justifier, d'après la Commission, l'adoption de mesures telles que la simplification de la procédure de notification. Cependant, l'allègement des charges des entreprises découlant de la mise en place d'un contrôle *a posteriori* ou d'un système hybride ne serait pas en mesure, selon la Commission,

²⁰ C. S. RUSU, *European Merger Control. The challenges raised by twenty years of enforcement experience*, Wolters Kluwer, 2010, p. 113. Traduction de l'auteur.

²¹ Entretien avec Carles Esteve Mosso, Directeur des affaires politiques et stratégiques, Direction Générale de la Concurrence, Commission européenne, via téléphone, 28 janvier 2013. « Nous considérons que la structure compétitive demeure plus protégée si les entreprises ne peuvent pas mettre en marche l'opération jusqu'à ce que l'autorité de concurrence se soit prononcée ». Traduction de l'auteur.

²² Entretien avec Johannes Luebking, Chef de l'unité des concentrations A 2, Direction Générale de la Concurrence, Commission européenne, via téléphone, 25 mars 2013. « Pour avoir un contrôle efficace des concentrations, le système de notification obligatoire est approprié ». Traduction de l'auteur.

de compenser les effets dommageables provoqués par l'exécution d'opérations de concentration de nature anticoncurrentielle.

Le contrôle *a priori* actuellement en vigueur présente néanmoins un certain nombre de désavantages.²³ D'une part, « les autorités rencontrent, dans l'exercice du contrôle *a priori*, des difficultés informationnelles qui peuvent générer [...] l'ancrage d'une forme de principe de précaution dû à la crainte [...] d'avaliser une concentration aux incidences négatives sur le bien-être social ».²⁴ Étant donné que la plupart des informations pertinentes pour réaliser l'analyse prospective de l'opération de concentration se trouvent du côté des parties notifiantes,²⁵ « les autorités peuvent être légitimement dubitatives quant aux arguments des parties fusionnant ».²⁶ De ce fait, « de peur d'autoriser de « mauvaises » concentrations, les autorités peuvent en interdire certaines qui ne soulèvent pas de difficultés réelles [ou renforcer] leurs demandes d'informations pour réduire le risque d'erreur de type 2, entraînant un coût important pour les firmes et pour elles-mêmes ».²⁷ D'autre part, le contrôle *a priori* empêche à la Commission d'utiliser exclusivement ses ressources limitées pour l'analyse des concentrations véritablement problématiques,²⁸ augmente les formalités administratives à la charge des entreprises²⁹ et incite davantage celles-ci à prendre des risques sous la forme de la notification d'opérations de concentration posant des problèmes de concurrence, les entreprises ne s'exposant qu'à une éventuelle interdiction de l'exécution de l'opération notifiée mais jamais aux exigences plus contraignantes qu'une autorité de concurrence pourrait imposer, dans un système de contrôle *a posteriori*, aux entreprises ayant exécuté une opération de concentration anticoncurrentielle.³⁰

En dépit de ses points faibles, le contrôle *a priori* renforce « la sécurité juridique »,³¹ minimise les « dommages irréversibles »³² auxquels les opérations de concentration pourraient donner lieu et assure en plus grande mesure une « fonction pédagogique

²³ Il convient de constater que les désavantages du contrôle *a priori* pourraient être reformulés en tant qu'avantages du contrôle *a posteriori*.

²⁴ P. BOUGETTE et F. VENAYRE, « Contrôles *a priori* et *a posteriori* des concentrations : comment augmenter l'efficacité des politiques de concurrence », *Revue d'Économie Industrielle* 2008, n° 121, p. 21.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ P. BOUGETTE et F. VENAYRE, précité à la note 24, p. 24.

²⁷ P. BOUGETTE et F. VENAYRE, précité à la note 24, p. 25.

²⁸ C.S.RUSU, précité à la note 20, p. 132.

²⁹ Organisation de Coopération et de Développement Économiques, Roundtable, *Cross-border merger control : Challenges for Developing and Emerging Economies*, Paris, OCDE, 2011, p. 12.

³⁰ C.S.RUSU, précité à la note 20, pp. 129-130.

³¹ C.S.RUSU, précité à la note 20, pp. 128-129. Traduction de l'auteur.

³² C.S.RUSU, précité à la note 20, p. 130. Traduction de l'auteur.

par le biais des négociations »³³ entre la Commission et les parties notifiantes. Dans ce sens, c'est précisément la volonté d'essayer de concilier ces avantages du contrôle *a priori* avec ceux du contrôle *a posteriori* qui a poussé le gouvernement anglais à envisager, dans le cadre de la consultation publique lancée en mars 2011, la possibilité de passer d'un contrôle *a posteriori* à un système hybride.³⁴ « Un modèle hybride impliquerait maintenir le régime de notification volontaire, mais en introduisant un élément de notification préalable obligatoire pour les transactions de grande ampleur. [...] Dans une certaine mesure, un tel système conserverait les meilleurs éléments des deux mondes, obligatoire pour les transactions de grande ampleur présentant le plus grand potentiel de porter atteinte à la concurrence; volontaire pour les opérations de moindre ampleur, vis-à-vis desquelles il est important de protéger la concurrence mais aussi d'éviter des contraintes administratives excessives ». ³⁵ À cet égard, nous pouvons déjà avancer, même si cela sera développé dans la troisième grande partie de cet article, qu'à notre avis, l'adoption d'un système hybride au niveau européen serait tout à fait bienvenue.

b. La simplification de la procédure de notification est-elle nécessaire ?

Par opposition aux débats portant sur la place que la protection de l'emploi devrait occuper dans l'analyse des opérations de concentration de dimension communautaire, la nécessité de simplifier la procédure de notification semble faire l'objet d'un consensus.

Dans le contexte du programme de travail de la Commission pour l'année 2013,³⁶ celle-ci a lancé le 27 mars 2013 une consultation publique qui repose sur deux propositions³⁷ : d'une part, l'élargissement du champ d'application de la procédure simplifiée de traitement de certaines opérations de concentration et, d'autre part, la simplification des formulaires de notification des concentrations. D'après la Commission, cette initiative « s'inscrit dans le cadre de l'effort général déployé par [elle-même] en vue d'alléger les procédures administratives pour les entreprises et,

³³ C.S.RUSU, précité à la note 20, p. 131. Traduction de l'auteur.

³⁴ C. MAXWELL, Directeur Exécutif de l'Office of Fair Trading, « Opening remarks to the 9th Annual Merger Control Conference », discours, 9th Annual Merger Control Conference, Londres, 17 mars 2011, p. 7.

³⁵ *Ibid.* Traduction de l'auteur.

³⁶ Commission Européenne, *Annex to the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Commission Work Programme 2013*, COM(2012) 629 final, Strasbourg, 23 octobre 2012, p. 11.

³⁷ Commission Européenne, *Press release : La Commission lance une consultation sur une proposition de simplification des procédures prévues par le règlement de l'UE sur les concentrations*, IP/13/288, Bruxelles, 27 Mars 2013.

ce faisant, de stimuler la croissance et d'accroître la compétitivité de l'Europe ».³⁸ De ce fait, si bien le passage d'un contrôle *a priori* des concentrations à un contrôle *a posteriori* ou à un système hybride ne semblait pas être pertinent, aux yeux de la Commission, « pour aider l'Europe à retrouver une croissance durable, créatrice d'emplois », ³⁹ l'augmentation du nombre de concentrations pouvant bénéficier de la procédure simplifiée de notification ainsi que la réduction des informations à fournir, aussi bien dans le formulaire CO que dans le formulaire simplifié de notification, pourraient contribuer à la relance de l'économie européenne.

Pour l'instant, les propositions de la Commission ont été accueillies positivement par les praticiens. Selon Stephen Rose, Adam Collinson et Shaukat Ali, « la proposition de la Commission est une bonne nouvelle parce qu'elle réduira les contraintes administratives imposées actuellement aux parties à la concentration étant donné que certaines opérations ne seront plus soumises à la procédure normale mais à la procédure de notification simplifiée. De même, la proposition de la Commission contribuera considérablement à diminuer le temps passé et les coûts encourus par les parties à la concentration lors de la préparation de la notification parce que moins de renseignements aussi bien sur l'opération de concentration que sur les marchés pertinents seront requis [...]. Du point de vue de la Commission, la proposition est nécessaire pour lui permettre de se concentrer sur les opérations les plus problématiques, qui requièrent l'utilisation de plus en plus de ressources et nécessitent une analyse plus approfondie ».⁴⁰ En tout cas, il faudra attendre aux réponses à la consultation publique qui seront soumises à la Commission pour confirmer définitivement l'opinion favorable des praticiens vis-à-vis de l'initiative en question.

C. Faudrait-il réviser l'exception de l'entreprise défaillante ?

Les opinions divergent sur la question de savoir si l'exception de l'entreprise défaillante devrait faire l'objet d'une révision. Malgré la reconnaissance de la difficulté de recueillir, en période de crise, les informations requises pour invoquer avec succès l'exception en cause,⁴¹ la Commission maintient que « le cadre actuel d'analyse des entreprises défaillantes est bien équilibré étant donné qu'il permet la

³⁸ *Ibid.*

³⁹ J. ALMUNIA, Vice-Président de la Commission Européenne chargé de la concurrence, « La concurrence au service de l'achèvement du marché unique », discours, 4^e Conférence Internationale Concurrences, Paris, 22 février 2013, p. 2.

⁴⁰ Eversheds, « The European Commission's Merger Simplification and Regulatory Burden Reduction Initiative », consulté le 4 avril 2013. Traduction de l'auteur. Disponible sur: <http://www.eversheds.com/global/en/what/articles/index.page?ArticleID=en/Corporate/European-Commission-Merger-Simplification-Regulatory-Burden-Reduction-Initiative>

⁴¹ P. LOWE, précité à la note 8, p. 17.

restructuration en douceur de l'économie sans causer des entraves à la concurrence [...]. Le régime rigoureux actuellement en vigueur devrait donc être maintenu et appliqué de manière flexible aux faits particuliers de chaque cas ».⁴² À cette approche s'oppose, cependant, celle de ceux qui considèrent qu'il serait souhaitable de réfléchir sur les aspects polémiques présentés par l'exception de l'entreprise défaillante afin d'introduire des modifications qui amélioreraient son utilité et son efficacité.

La longue durée de l'analyse des concentrations dont l'entreprise cible est une entreprise défaillante,⁴³ une charge de la preuve disproportionnée incombant aux parties notifiantes⁴⁴ ainsi que le manque d'idonéité de la présomption d'anticoncurrentialité sur laquelle repose l'exception de l'entreprise défaillante⁴⁵ sont les principales critiques que soulève celle-ci. D'une part, « les enquêtes de longue haleine [...] ne prennent pas en compte le fait que la situation des entreprises en difficulté peut rapidement se détériorer et peuvent aboutir à une liquidation contreproductive ».⁴⁶ D'autre part, en ce qui concerne la charge de la preuve, l'obtention des informations nécessaires pour remplir les trois conditions contenues au point 90 des lignes directrices de la Commission sur l'appréciation des concentrations horizontales⁴⁷ s'avère extrêmement compliquée,⁴⁸ compte tenu des contraintes temporelles (l'entreprise défaillante pourrait disparaître du marché si l'information n'est pas recueillie dans un délai raisonnable)⁴⁹ mais aussi du risque auquel s'expose l'entreprise défaillante dérivé du dévoilement, vis-à-vis des tiers, de la délicate situation financière dans laquelle elle se trouve (l'entreprise cible pourrait, par exemple, être amenée à recueillir de l'information auprès d'entités bancaires).⁵⁰ Finalement, la présomption d'anticoncurrentialité de l'opération notifiée « n'est pas toujours justifiée et peut conduire à l'interdiction de fusions alors même qu'elles représentent la solution la moins préjudiciable pour la concurrence. Une entreprise en difficulté financière peut avoir à réduire ses investissements productifs. Une fusion qui empêche ces réductions de capacités peut entraîner [néanmoins] une baisse des

⁴² Organisation de Coopération et de Développement Économiques, Roundtable, *The Failing Firm Defence*, Paris, OCDE, 2009, p. 188. Traduction de l'auteur.

⁴³ Organisation de Coopération et de Développement Économiques, précité à la note 42, p. 17.

⁴⁴ C. FERNÁNDEZ, « La supervivencia de las compañías en crisis », dans Martínez Lage, S. et Petitbò Juan, A. (dir.), *El Derecho de la Competencia en tiempos de crisis*, Marcial Pons, 2010, p. 142.

⁴⁵ Organisation de Coopération et de Développement Économiques, précité à la note 42, p. 49.

⁴⁶ Organisation de Coopération et de Développement Économiques, précité à la note 42, p. 48.

⁴⁷ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JO. C 31/03 du 5 février 2004.

⁴⁸ C. FERNÁNDEZ, précité à la note 44, pp. 142-143.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*

prix ». ⁵¹ De même, cette présomption peut décourager les parties à faire valoir l'exception de l'entreprise défaillante. ⁵²

L'ensemble des défaillances qui viennent d'être exposées ont donc conduit certains praticiens, tels que Cani Fernández et Francisco Enrique González-Díaz, à proposer que la Commission devrait analyser les opérations de concentration impliquant une entreprise défaillante selon l'approche dont elle a fait preuve dans les affaires *Deloitte & Touche / Andersen UK* et *Ernst & Young France / Andersen France*. ⁵³ D'après ces deux praticiens, le scénario contrefactuel le plus probable devrait être ainsi déterminé afin d'apprécier si, en l'absence de l'opération de concentration notifiée, l'entreprise défaillante disparaîtrait quand même du marché. ⁵⁴ De ce fait, comme il est prévu à l'article 2 du règlement 139/2004, l'analyse de la Commission reposerait sur l'absence d'un lien de causalité entre la concentration et les effets anticoncurrentiels observables sur le marché.

D. Quelle devrait-être l'approche suivie par la Commission européenne si un État membre invoque, dans le cadre de l'article 21 paragraphe 4 du règlement 139/2004, la protection de l'emploi en tant qu'intérêt public ?

D'après les recherches que nous avons effectuées, la protection de l'emploi n'a jamais été invoquée par un État membre, en tant qu'intérêt public, dans le cadre de l'article 21 paragraphe 4 du règlement 139/2004. ⁵⁵ De ce fait, ni la Commission ni les praticiens ni la doctrine se sont jamais prononcés au sujet de l'approche que devrait suivre la première dans un tel cas d'espèce. Nous allons néanmoins faire référence à quelques affaires dans lesquelles les États membres ont exercé leur compétence résiduelle afin de bien saisir les conditions exigées par la Commission pour la reconnaissance d'intérêts non prévus comme légitimes par l'article 21 paragraphe 4 du règlement 139/2004. Cela nous permettra, dans la troisième grande partie de cet article, d'essayer de déterminer si la protection de l'emploi pourrait être reconnue par la Commission comme un intérêt légitime.

En tant qu'intérêts légitimes reconnus par le règlement 139/2004, la protection de la sécurité publique, ⁵⁶ de la pluralité des médias ⁵⁷ ou des règles prudentielles ⁵⁸ a été

⁵¹ Organisation de Coopération et de Développement Économiques, précité à la note 42, p. 76.

⁵² Organisation de Coopération et de Développement Économiques, précité à la note 42, p. 66.

⁵³ C. FERNÁNDEZ, précité à la note 44, p. 144 et A. WALCKIERS, « Competition law in times of economic crisis: In need for adjustment? », exposé, Global Competition Law Centre, Bruxelles, 8 novembre 2012, p.5.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Cela nous a été confirmé par Johannes Luebking lors de notre entretien téléphonique, précité à la note 22.

⁵⁶ Voir Commission Européenne, *Press release : La Commission autorise l'acquisition de Racal par Thomson-CSF*, IP/00/628, Bruxelles, 16 juin 2000.

invoquée avec succès par des États membres pour justifier l'adoption de mesures applicables à des opérations de concentration de dimension communautaire autorisées par la Commission. Par contre, la protection d'autres intérêts publics non prévus comme légitimes par l'article 21 paragraphe 4 du règlement 139/2004 s'est révélée plus problématique. D'une part, les États membres ont souvent omis la notification à la Commission des mesures qu'ils envisageaient de prendre⁵⁹ et, de ce fait, n'ont pas respecté l'obligation établie à cet égard par ledit article. D'autre part, les conditions qu'ils ont imposées se sont avérées parfois incompatibles avec les dispositions du droit européen relatives à la liberté d'établissement et à la libre circulation des capitaux.⁶⁰ De même, le respect des principes de non discrimination et de proportionnalité a été par exemple mis en cause dans l'affaire *BSCH/A. Champalimaud*.⁶¹

La pratique de la Commission confirme donc que tout intérêt public non reconnu comme légitime par l'article 21 paragraphe 4 du règlement 139/2004 devra être compatible avec « les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire »⁶² et devra être « communiqué par l'État membre concerné à la Commission [...] avant que les mesures visées puissent être prises ».⁶³

III. RÉFLEXION PERSONNELLE SUR LES RÉPONSES QUI DEVRAIENT ÊTRE DONNÉES AUX QUESTIONS SOULEVÉES PAR LA CRISE FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE

Tel que nous l'avons mis en évidence, les questions soulevées par la crise financière et économique suscitent parfois des opinions divergentes difficilement compatibles. Dans ce sens, nous prétendons par la suite trancher les différents débats auxquels nous avons fait référence en exposant notre humble point de vue par rapport aux

⁵⁷ Voir Décision de la Commission du 21 décembre 2010 déclarant la compatibilité avec le marché commun d'une concentration (Affaire COMP/M.5932 — News Corp/BSkyB), JO 2011 C 37/02, pp. 60-61 et Décision de la Commission du 14 mars 1994 déclarant la compatibilité avec le marché commun d'une concentration (Affaire N IV/M.423 - NEWSPAPER PUBLISHING), JO 1994 C 85/05, pp. 4-5.

⁵⁸ Voir Décision de la Commission du 18 juin 1996 déclarant la compatibilité avec le marché commun d'une concentration (Affaire n IV/M.759 - Sun Alliance/Royal Insurance), JO 1996 C 225/06, p. 4.

⁵⁹ Voir Commission Européenne, *Press release : La Commission condamne les mesures prises par le régulateur espagnol du secteur de l'énergie en ce qui concerne l'offre de rachat d'Endesa présentée par E.ON*, IP/06/1265, Bruxelles, 26 septembre 2006 ; Commission Européenne, *Press release : La Commission adresse à l'Italie une nouvelle appréciation préliminaire sur les mesures envisagées par cette dernière pour s'opposer à la concentration entre Abertis et Autostrade*, IP/07/117, Bruxelles, 31 janvier 2007 ; Commission Européenne, *Press release : La Commission ouvre une procédure contre la Pologne dans le cadre de la fusion Unicredito et HVB*, IP/06/277, Bruxelles, 8 mars 2006 et Décision de la Commission du 20 juillet 1999 relative à une procédure d'application de l'article 21 du règlement 4064/89 (Affaire no IV/M.1616 — BSCH/A. Champalimaud), p. 7.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Décision de la Commission du 20 juillet 1999 relative à une procédure d'application de l'article 21 du règlement 4064/89 (Affaire no IV/M.1616 — BSCH/A. Champalimaud), pp. 7-8.

⁶² Voir article 21 paragraphe 4 du règlement (CE) n° 139/2004, précité à la note 3.

leçons que la Commission devrait tirer de la crise en matière de contrôle des concentrations. Cette réflexion personnelle nous emmènera ainsi à constater le fondement juridique de l'obligation de la Commission d'analyser l'impact des opérations de concentration sur l'emploi (A) ; l'adéquation du passage à un système hybride de contrôle des opérations de concentration de dimension communautaire qui intégrerait les propositions contenues dans la consultation publique lancée par la Commission le 27 mars 2013 (B) ; la nécessité d'établir, de façon durable, un nouveau cadre d'analyse des opérations de concentration impliquant une entreprise défaillante (C) et la satisfaction d'un intérêt légitime, aux fins de l'article 21 paragraphe 4 du règlement 139/2004, par des mesures envisagées par un État membre pour éviter la destruction d'emplois et ayant pour but la protection des travailleurs (D).

A. La Commission européenne méconnaît à tort, dans son analyse des concentrations, l'impact de celles-ci sur l'emploi

Malgré la volonté de ceux qui voudraient que la politique de concurrence devienne, notamment en période de crise, un outil au service de la protection d'intérêts nationaux, nous considérons que l'appréciation de facteurs strictement liés à la défense d'une concurrence libre et non faussée devrait continuer à jouer un rôle clef dans l'analyse des opérations de concentration de dimension communautaire. Non seulement la prise en compte par la Commission de multiples objectifs pourrait conduire à des résultats inefficients⁶⁴ mais, en plus, cela pourrait porter atteinte à son indépendance.

Cependant, l'existence de désavantages liés à la réalisation de plusieurs objectifs ne devrait en aucun cas impliquer la méconnaissance, de la part de la Commission, de son obligation de tenir compte de l'impact des concentrations de dimension communautaire sur l'emploi. Une telle exigence découle non seulement de certaines dispositions du règlement 139/2004⁶⁵ et de l'arrêt *Vittel*⁶⁶ mais aussi des modifications introduites par le Traité de Lisbonne en matière de politique sociale.⁶⁷ Dans ce sens, comme il a été reconnu par Jean-Claude Piris, « le Traité de Lisbonne

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Dans ce sens, il est pertinent de mentionner l'argument développé en 1952 par l'économiste Jan Tinbergen selon lequel le nombre d'objectifs économiques poursuivi par un gouvernement doit être toujours égal au nombre d'instruments de politique économique employé pour les atteindre (J. TINBERGEN, *On the theory of economic policy*, 2ème éd, Amsterdam: North Holland, 1952, p. 37)

⁶⁵ B. VANDE WALLE DE GHELCKE, précité à la note 12 et J. BOURGEOIS et C. O'DALY, précité à la note 13, p. 173.

⁶⁶ *Vittel*, précité à la note 16, attendus 38-40, cité dans J. BOURGEOIS et C. O'DALY, précité à la note 13, p. 169.

⁶⁷ J. BOURGEOIS et C. O'DALY, précité à la note 13, p. 164.

a renforcé l'engagement de l'Union européenne vis-à-vis du progrès social et des droits sociaux ». ⁶⁸ À cet égard, l'article 9 TFUE constitue probablement l'expression la plus évidente de l'importance croissante acquise par la dimension sociale de l'Europe suite à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. En effet, d'après ledit article, « [d]ans la définition et la mise en œuvre de ses politiques et actions, l'Union prend en compte les exigences liées à la protection d'un niveau d'emploi élevé, à la garantie d'une protection sociale adéquate, à la lutte contre l'exclusion sociale ainsi qu'au niveau élevé d'éducation, de formation et de protection de la santé humaine ». Lu en combinaison avec l'article 3 paragraphe 3 TUE, selon lequel « le développement durable de l'Europe fondé sur [...] une économie sociale de marché hautement compétitive qui tend au plein emploi et au progrès social » est devenu un des objectifs prioritaires à atteindre par l'Union européenne, et avec le considérant 23 du règlement 139/2004, qui oblige la Commission « à placer son appréciation [des opérations de concentration] dans le cadre général de la réalisation des objectifs » prévus de nos jours à l'article 3 paragraphe 3 TUE, cet ensemble de dispositions mettent en évidence que l'impact sur l'emploi devrait faire partie des facteurs à prendre en compte par la Commission lors de l'analyse des opérations de concentration de dimension communautaire.

De ce fait, d'un point de vue juridique, il est hors de question de nier à la protection de l'emploi une place dans l'examen des opérations de concentration réalisé par la Commission. Ainsi, si un jour la Commission décide de modifier son approche actuelle et de se conformer aux exigences que nous venons de mettre en évidence, le véritable défi auquel elle devra faire face sera celui de déterminer les principes qui devront guider la mise en balance des facteurs liés à la défense d'une concurrence libre et non faussée avec celui relatif à la protection de l'emploi. ⁶⁹

B. L'adéquation du passage à un système hybride de contrôle des opérations de concentration de dimension communautaire qui intégrerait les propositions contenues dans la consultation publique lancée par la Commission européenne le 27 mars 2013

Ne pas reconnaître les bontés du contrôle *a priori* des opérations de concentration de dimension communautaire s'avère un exercice assez difficile. D'autant plus si nous tenons compte du fait que l'ancien règlement 4064/89 est entré en vigueur, à

⁶⁸ J-C. PIRIS, *The Lisbon Treaty. A legal and political analysis*, Cambridge University Press, 2010, p. 313. Traduction de l'auteur.

⁶⁹ S. LAVRIJSSEN, « What role for National Competition Authorities in protecting non-competition interests after Lisbon », *European Law Review* 2010, volume 35, n° 5, p. 649.

juste titre, pour combler précisément les lacunes⁷⁰ d'une surveillance *a posteriori* des opérations de concentration fondée sur l'application des règles en matière de concurrence contenues dans les articles 101 TFUE (ex-article 81 TCE, ex-article 85 TCE) et 102 TFUE (ex-article 82 TCE, ex-article 86 TCE).⁷¹ De même, défendre la nécessité du retour à un contrôle *a posteriori* supposerait faire prévaloir les bénéfices à court terme dérivés d'un allègement des charges supportées par les entreprises face à une réduction à long terme du bien-être des consommateurs découlant de l'adoption d'opérations de concentration anticoncurrentielles. Dans ce sens, alors que l'objectif poursuivi par l'adoption d'un contrôle *a posteriori* serait celui de faciliter la relance de l'économie européenne, le résultat serait tout à fait contre-productif, notamment du fait d'une augmentation significative des prix suite à l'exécution de concentrations qui auraient entravé « de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci ».⁷²

L'analyse que nous venons de faire doit cependant être complétée par la réflexion suivante. S'il est vrai que, de nos jours, l'existence d'un contrôle *a priori* semble être justifiée en raison du plus grand nombre d'avantages qu'il présente vis-à-vis du contrôle *a posteriori*,⁷³ il n'en est pas moins vrai que le contrôle *a priori* peut faire l'objet de critiques qui, selon nous, seraient en mesure de motiver l'adoption d'un système hybride au niveau européen. À cet égard, il convient de rappeler que même les opérations de concentration qui bénéficient de la procédure simplifiée de notification font l'objet d'un contrôle *a priori*. Or, depuis 2003 jusqu'à 2012, plus de la moitié des opérations de concentration de dimension communautaire déclarées compatibles avec le marché commun en vertu de l'article 6 paragraphe 1 lettre b) du règlement 139/2004 avaient été notifiées sous une forme simplifiée.⁷⁴ De plus, il faut garder à l'esprit que, d'après le point 1 de la Communication de la Commission relative à une procédure simplifiée de traitement de certaines opérations de concentration,⁷⁵ « l'expérience acquise par la Commission dans l'application du règlement (CEE) n° 4064/89 [...] a montré qu'en l'absence de circonstances particulières, [les opérations de concentration qui bénéficient de la procédure simplifiée de notification] sont normalement autorisées sans avoir soulevé de doutes

⁷⁰ D. BERLIN, *Contrôle des concentrations*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009, p. 17.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Voir article 2 paragraphe 3 du règlement (CE) n° 139/2004, précité à la note 3.

⁷³ Organisation de Coopération et de Développement Économiques, précité à la note 29, p. 18.

⁷⁴ Commission européenne, « Statistiques de la Commission en matière de contrôle des concentrations », consulté le 24 avril 2013. Disponible sur :

<http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>

⁷⁵ Communication de la Commission relative à une procédure simplifiée de traitement de certaines opérations de concentration en application du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, JO. C 56/32 du 5 mars 2005.

quant au fond ». De ce fait, la Commission semble utiliser une partie considérable de ses ressources pour analyser des cas qui ne présentent pas, en principe, de problèmes de concurrence, en imposant en même temps des formalités administratives à la charge des entreprises dont l'utilité est tout à fait douteuse, notamment, mais pas seulement, en période de crise financière et économique.

Le passage d'un contrôle *a priori* des opérations de concentration de dimension communautaire à un système hybride serait donc, selon nous, plus que bienvenu. Dans le cadre de ce nouveau mécanisme de contrôle, les opérations de concentration qui jusqu'à maintenant bénéficiaient d'une procédure de notification simplifiée et ne posaient aucun problème de concurrence feraient l'objet d'une notification volontaire. Toutes les autres concentrations, y compris celles qui, selon l'expérience de la Commission, finissaient par être exclues du champ d'application de la procédure simplifiée malgré relever des catégories visées au point 5 de la Communication de la Commission relative à une procédure simplifiée de traitement de certaines opérations de concentration, seraient soumises à un contrôle *a priori*. Ce système hybride libérerait ainsi un certain nombre de ressources qui pourraient être consacrées par la Commission à l'analyse des concentrations véritablement problématiques et réduirait, de façon justifiée, les charges supportées par les entreprises. D'autre part, les propositions sur lesquelles repose la consultation publique lancée par la Commission le 27 mars 2013, très appropriées d'ailleurs pour contribuer à la relance de l'économie européenne, pourraient être parfaitement intégrées dans le nouveau système de contrôle. Le formulaire simplifié de notification, dont la révision est promue par la Commission, serait utilisé dans le cadre des notifications volontaires. De même, la notification des opérations de concentration faisant l'objet d'un contrôle *a priori* aurait lieu sous la forme du nouveau formulaire CO proposé par la Commission. Finalement, les modifications introduites par celle-ci concernant le point 5 de la Communication de la Commission relative à une procédure simplifiée de traitement de certaines opérations de concentration seraient respectées, ce qui permettrait d'élargir le nombre d'opérations de concentration bénéficiant d'une notification volontaire.

Étant donné que « l'impératif absolu, aujourd'hui, est de s'attaquer à la crise économique et de remettre l'Union européenne sur la voie de la croissance durable », ⁷⁶ aussi bien le passage d'un contrôle *a priori* à un système hybride que l'intégration, dans ce nouveau système, des propositions de la Commission visées

⁷⁶ Commission européenne, *Communication de la Commission au Parlement européen, au comité économique et social européen et au Comité des régions. Programme de travail de la Commission pour l'année 2013*, COM(2012) 629 final, Strasbourg, 23 octobre 2012, p. 2.

par la consultation publique lancée en 2013 se révéleraient adéquats pour atteindre cet objectif.

C. L'analyse des opérations de concentration impliquant une entreprise défaillante : vers la nécessaire poursuite de l'approche suivie par la Commission européenne dans les affaires *Deloitte & Touche / Andersen UK* et *Ernst & Young France / Andersen France*

La question de savoir s'il serait pertinent de réviser l'exception de l'entreprise défaillante ne devrait pas conduire, tel que l'a souligné la Commission,⁷⁷ ni à une flexibilisation de celle-ci en période de crise ni à son application plus rigoureuse lors d'un contexte économique plus favorable. En effet, la configuration actuelle de l'exception demeure problématique indépendamment de la conjoncture économique. De même, cette solution impliquerait admettre un relâchement de l'application du droit européen de la concurrence en raison exclusivement de l'existence d'une crise financière et économique, ce qui ne nous paraît pas justifiable surtout en ce qui concerne les règles de fond, comme dans le cas d'espèce envisagé. Ainsi, nous partageons l'idée selon laquelle il serait souhaitable que la Commission modifie son approche vis-à-vis de l'application de l'exception⁷⁸ afin d'établir, de façon durable, un nouveau cadre d'analyse des opérations de concentration impliquant une entreprise défaillante.

D'une part, force est de constater que les trois conditions énoncées au point 90 des lignes directrices de la Commission sur l'appréciation des concentrations horizontales ne semblent pas être les seules qui pourraient être remplies par une concentration n'étant pas « la cause de la détérioration de la structure concurrentielle ».⁷⁹ Cette constatation découle non seulement des propres lignes directrices de la Commission, selon lesquelles les trois conditions en question « sont *particulièrement pertinentes* (soulignement ajouté) pour que l'argument de l'entreprise défaillante soit retenu », ⁸⁰ mais aussi de l'attendu 140 de l'affaire *BASF/Eurodiol/Pantochim* en vertu duquel la Commission a établi que, « d'une manière générale, la notion de concentration d'assainissement *exige* (soulignement ajouté) que les entreprises à racheter puissent être considérées comme des entreprises défaillantes et que la concentration ne soit pas la cause de la

⁷⁷ Organisation de Coopération et de Développement Économiques, précité à la note 42, p. 187.

⁷⁸ C. FERNÁNDEZ, précité à la note 44, p. 144 et A. WALCKIERS, précité à la note 53, p.5.

⁷⁹ Voir Décision de la Commission du 11 juillet 2001 (Affaire BASF/Eurodiol/Pantochim), JO 2002 L 132, attendu 140.

⁸⁰ Voir point 90 des Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales, précité à la note 47.

détérioration de la structure concurrentielle ». ⁸¹ De ce fait, les éléments présents au point 90 des lignes directrices de la Commission sur l'appréciation des concentrations horizontales ne seraient que trois conditions, parmi d'autres possibles, dont la preuve est présumée prouver l'absence d'un lien de causalité entre l'opération de concentration et les effets anticoncurrentiels observables sur le marché. D'autre part, le cadre d'analyse, actuellement en vigueur, des opérations de concentration impliquant une entreprise défaillante présente principalement deux grands inconvénients déjà exposés dans la deuxième grande partie de l'article : une charge de la preuve disproportionnée incombant aux parties notifiantes ⁸² ainsi que le manque d'adéquation de la présomption d'anticoncurrentialité sur laquelle repose la configuration de l'exception de l'entreprise défaillante telle que prévue dans les lignes directrices de la Commission. ⁸³

Selon nous, l'ensemble des éléments soulevés antérieurement justifieraient que, en ce qui concerne l'examen des opérations de concentration de dimension communautaire dont une des parties est une entreprise défaillante, la Commission poursuive dorénavant, tel que proposé par Cani Fernández et Francisco Enrique González-Díaz, l'approche adoptée dans les affaires *Deloitte & Touche / Andersen UK* et *Ernst & Young France / Andersen France*. ⁸⁴ Baser l'analyse de l'opération en question sur la détermination du scénario contrefactuel le plus probable, afin d'apprécier si en l'absence de l'opération de concentration notifiée l'entreprise défaillante disparaîtrait quand même du marché, ⁸⁵ serait, en plus, une solution tout à fait compatible avec la législation en vigueur. En effet, il a été reconnu par la Commission non seulement que « [l'exception de l'entreprise défaillante] est une application particulière du test général de causalité prévu à l'article 2 du règlement sur les concentrations » ⁸⁶ mais aussi que, mis à part l'existence d'une entreprise défaillante, le fait « que la concentration ne soit pas la cause de la détérioration de la structure concurrentielle » ⁸⁷ constitue la deuxième exigence fondamentale liée à la notion de l'exception de l'entreprise défaillante, ⁸⁸ idée qui est d'ailleurs présente

⁸¹ Voir Décision de la Commission du 11 juillet 2001, Affaire BASF/Eurodiol/Pantochim, précité à la note 79, attendu 140.

⁸² C. FERNÁNDEZ, précité à la note 44, p. 142.

⁸³ Organisation de Coopération et de Développement Économiques, précité à la note 42, p. 49.

⁸⁴ C. FERNÁNDEZ, précité à la note 44, p. 144 et A. WALCKIERS, précité à la note 53, p.5.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ P. OHRLANDER, « Roundtable on Failing Firm Defence. OECD Competition Committee », Note by the services of the European Commission, p. 6, consulté le 13 avril 2013. Traduction de l'auteur.

⁸⁷ Voir Décision de la Commission du 11 juillet 2001, Affaire BASF/Eurodiol/Pantochim, précité à la note 79, attendu 140.

⁸⁸ *Ibid.*

aussi aux points 89 et 91 des lignes directrices de la Commission sur l'appréciation des concentrations horizontales.

D. L'adoption de mesures destinées à éviter la destruction d'emplois et ayant pour but la protection des travailleurs répondrait à la satisfaction d'un intérêt légitime aux fins de l'article 21 paragraphe 4 du règlement 139/2004

Si jamais un État membre invoque, dans le cadre de l'article 21 paragraphe 4 du règlement 139/2004, la protection de l'emploi en tant qu'intérêt public, la Commission devrait parvenir à examiner sa compatibilité avec le droit européen une fois que les mesures envisagées par l'État membre lui aient été notifiées avant leur mise en œuvre.⁸⁹

À cet égard, il convient de signaler que « la protection des travailleurs figure parmi les raisons impérieuses d'intérêt général déjà reconnues par la Cour, [...] la Communauté ayant non seulement une finalité économique, mais également une finalité sociale ».⁹⁰ De ce fait, l'adoption de mesures destinées à éviter la destruction d'emplois et ayant pour but la protection des travailleurs constituerait un intérêt légitime. Il est vrai que la reconnaissance de la protection des travailleurs en tant que raison impérieuse d'intérêt général s'est produite par rapport à des affaires concernant les libertés sur lesquelles repose le marché intérieur.⁹¹ Cependant, il n'en est pas moins vrai que, d'après le Protocole n° 27 du Traité de Lisbonne, « le marché intérieur comprend un système garantissant que la concurrence n'est pas faussée ». De même, nous avons déjà souligné dans cet article l'importance croissante acquise par la dimension sociale de l'Europe suite à l'entrée en vigueur dudit Traité.⁹² Ainsi, nous considérons que, dans un souci de cohérence et d'uniformité, la Commission devrait estimer que, dans le cadre de l'article 21 paragraphe 4 du règlement 139/2004, la mise en place par un État membre de mesures visant à protéger l'emploi répondrait aussi à la satisfaction d'un intérêt légitime. En tout cas, déterminer si celles-ci respecteraient le principe de non discrimination⁹³ et le principe de proportionnalité⁹⁴ requerrait, de la part de la Commission, une analyse au cas par cas.

Finalement, étant donné que l'article 21 paragraphe 4 du règlement 139/2004 permet aux États membres de « prendre les mesures appropriées pour assurer la protection

⁸⁹ Voir article 21 paragraphe 4 du règlement (CE) n° 139/2004, précité à la note 3.

⁹⁰ CJCE 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union contre Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti*, affaire 438/05, Recueil p. 10779, attendus 77 à 79.

⁹¹ *Viking*, précité à la note 90, attendu 77.

⁹² J-C. PIRIS, précité à la note 68, p. 313.

⁹³ Voir Notes on Council Regulation (EEC) n° 4064/89, 1998, p. 25.

d'intérêts légitimes *autres que ceux qui sont pris en considération par le [...] règlement* (soulignement ajouté) », il nous semble pertinent de noter que les États membres ne seraient plus en mesure d'invoquer la protection de l'emploi comme intérêt légitime si la Commission admette dans l'avenir son obligation d'analyser l'impact des opérations de concentration sur l'emploi.

IV. CONCLUSION

Depuis 2008, la situation économique de l'Europe a supposé un véritable défi pour la Commission en ce qui concerne l'application des règles en matière de droit de la concurrence. Contrairement aux voix qui réclamaient une approche plus laxiste, la Commission a néanmoins maintenu une position ferme consistant à permettre une certaine flexibilité des règles procédurales,⁹⁵ tout en préservant l'effet utile des règles de fond.⁹⁶ Malgré le fait de partager son point de vue à cet égard, nous défendons l'idée selon laquelle la Commission devrait tirer, en matière de contrôle des concentrations, un certain nombre de leçons de la crise financière et économique.

Premièrement, nous considérons que la Commission devrait intégrer, comme facteur d'analyse des opérations de concentration de dimension communautaire, l'impact de celles-ci sur l'emploi. En effet, toute autre solution reviendrait à méconnaître, à ce propos, les exigences découlant du règlement 139/2004,⁹⁷ du Traité de Lisbonne⁹⁸ et de l'arrêt *Vittel*.⁹⁹ Étant donné que le fondement juridique de notre proposition est difficilement discutable, le véritable défi auquel la Commission devrait faire face serait celui de déterminer les principes qui devraient guider la mise en balance des facteurs liés à la défense d'une concurrence libre et non faussée avec celui relatif à la protection de l'emploi.¹⁰⁰

Deuxièmement, l'adoption d'un système hybride de contrôle des concentrations, qui intégrerait d'ailleurs les propositions contenues dans la consultation publique lancée par la Commission le 27 mars 2013, serait pertinente non seulement pour faciliter la relance de l'économie européenne mais aussi pour éliminer quelques faiblesses du contrôle *a priori* vis-à-vis des opérations de concentration qui bénéficient actuellement de la procédure simplifiée de notification. En vertu du nouveau système de contrôle, les opérations de concentration qui jusqu'à maintenant étaient soumises

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ N. KROES, précité à la note 4.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ B. VANDE WALLE DE GHELCKE, précité à la note 12 et J. BOURGEOIS et C. O'DALY, précité à la note 13, p. 173.

⁹⁸ J. BOURGEOIS et C. O'DALY, précité à la note 13, p. 164.

⁹⁹ *Vittel*, précité à la note 16, attendus 38-40, cité dans J. BOURGEOIS et C. O'DALY, précité à la note 13, p. 169.

à une procédure de notification simplifiée et ne posaient aucun problème de concurrence feraient l'objet d'une notification volontaire. Toutes les autres concentrations, y compris celles qui, selon l'expérience de la Commission, finissaient par être exclues du champ d'application de la procédure simplifiée malgré relever des catégories visées au point 5 de la Communication de la Commission relative à une procédure simplifiée de traitement de certaines opérations de concentration, seraient soumises à un contrôle *a priori*.

Troisièmement, en ce qui concerne l'examen des opérations de concentration de dimension communautaire impliquant une entreprise défaillante, il serait souhaitable que la Commission poursuive dans l'avenir, tel que proposé par Cani Fernández et Francisco Enrique González-Díaz, l'approche suivie dans les affaires *Deloitte & Touche / Andersen UK* et *Ernst & Young France / Andersen France*.¹⁰¹ Cela permettrait, d'une part, de corriger les défaillances¹⁰² de la configuration actuelle de l'exception de l'entreprise défaillante et, d'autre part, de centrer son application, tel qu'il a été reconnu par la Commission, sur son élément le plus important, à savoir : l'absence d'un lien de causalité entre la concentration et les effets anticoncurrentiels observables sur le marché.¹⁰³

Finalement, si jamais un État membre invoque, dans le cadre de l'article 21 paragraphe 4 du règlement 139/2004, la protection de l'emploi en tant qu'intérêt public, la Commission devrait, dans un souci de cohérence et d'uniformité, reconnaître la légitimité dudit intérêt en vertu de la jurisprudence selon laquelle « la protection des travailleurs figure parmi les raisons impérieuses d'intérêt général déjà reconnues par la Cour »,¹⁰⁴ de la place occupée par le droit de la concurrence au sein du marché intérieur¹⁰⁵ et de l'importance accrue donnée par le Traité de Lisbonne à la politique sociale.¹⁰⁶ En tout cas, déterminer si les mesures envisagées par l'État membre respecteraient le principe de non discrimination¹⁰⁷ et le principe de

¹⁰⁰ S. LAVRIJSSEN, précité à la note 69, p. 649.

¹⁰¹ C. FERNÁNDEZ, précité à la note 44, p. 144 et A. WALCKIERS, précité à la note 53, p.5.

¹⁰² C. FERNÁNDEZ, précité à la note 44, p. 142 et Organisation de Coopération et de Développement Économiques, précité à la note 42, p. 49.

¹⁰³ Voir Décision de la Commission du 11 juillet 2001, Affaire BASF/Eurodiol/Pantochim, précité à la note 79, attendu 140.

¹⁰⁴ *Viking*, précité à la note 16, attendu 77.

¹⁰⁵ Voir Protocole n° 27 du Traité de Lisbonne.

¹⁰⁶ J-C. PIRIS, précité à la note 68, p. 313.

¹⁰⁷ Voir Notes on Council Regulation (EEC) n° 4064/89, 1998, p. 25.

proportionnalité¹⁰⁸ requerrait, de la part de la Commission, une analyse au cas par cas.

¹⁰⁸ *Ibid.*



RESEARCH PAPERS IN LAW

1/2003, Dominik Hanf et Tristan Baumé, "Vers une clarification de la répartition des compétences entre l'Union et ses Etats Membres? Une analyse du projet d'articles du Présidium de la Convention".

2/2003, Dominik Hanf, "Der Prozess der europäischen Integration in Belgien. Voraussetzung und Rahmen der Föderalisierung eines ehemaligen Einheitsstaats".

3/2003, Dominik Hanf, "Talking with the "pouvoir constituant" in times of constitutional reform: The European Court of Justice on Private Applicants' Access to Justice".

4/2003, Horst Dippel, "Conventions in Comparative Constitutional Law".

5/2003, Ludwig Krämer, "Access to Environmental Information in an Open European Society - Directive 2003/4".

6/2003, Ludwig Krämer, "Überlegungen zu Ressourceneffizienz und Recycling".

7/2003, Ludwig Krämer, "The Genesis of EC Environmental Principles".

8/2003, Takis Tridimas, "The European Court of Justice and the Draft Constitution: A Supreme Court for the Union?".

1/2004, Dominik Hanf et Pablo Dengler, "Accords d'association".

2/2004, David Mamane, "Reform der EU-Wettbewerbsregeln für Technologietransfer-Verträge: Einfahrt in den sicheren Hafen?".

3/2004, Donald Slater and Denis Waelbroeck, "Meeting Competition : Why it is not an Abuse under Article 82".

4/2004, Jacques Bourgeois and Tristan Baumé, "Decentralisation of EC Competition Law Enforcement and General Principles of Community Law".

5/2004, Rostane Mehdi, "Brèves observations sur la consécration constitutionnelle d'un droit de retrait volontaire".

1/2005, Jacques Pelkmans, "Subsidiarity between Law and Economics".

2/2005, Koen Lenaerts, "The Future Organisation of the European Courts".

3/2005, John A.E. Vervaele, "The Europeanisation of Criminal Law and the Criminal Law Dimension of European Integration".

4/2005, Christine Reh and Bruno Scholl, "The Convention on the Future of Europe: Extended Working Group or Constitutional Assembly?".

5/2005, John A.E. Vervaele, "European Criminal Law and General Principles of Union Law".

6/2005, Dieter Mahncke, "From Structure to Substance: Has the Constitutional Treaty improved the Chances for a Common Foreign and Security Policy?".

1/2006, Dominik Hanf, "Le développement de la citoyenneté de l'Union européenne".

2/2006, Vassilis Hatzopoulos, Thien Uyen Do, "The Case Law of the ECJ concerning the Free Provision of Services : 2000 – 2005".

3/2006, Dominik Hanf, "Réformes institutionnelles sans révision du traité?", (document de discussion).

4/2006, Elise Muir, "Enhancing the effects of EC law on national labour markets, the Mangold case".

5/2006, Vassilis Hatzopoulos, "Why the Open Method of Coordination (OMC) is bad for you: a letter to the EU".

6/2006, Vassilis Hatzopoulos, "The EU essential facilities doctrine".

7/2006, Pablo Ibáñez Colomo, "Saving the Monopsony: Exclusivity, Innovation and Market Power in the Media Sector".

1/2007, Pablo Ibáñez Colomo, "The Italian Merck Case".

2/2007, Imelda Maher, "Exploitative Abuses: Which Competition Policy, Which Public Policy?".

3/2007, Vassilis Hatzopoulos, "With or without you... judging politically in the field of Area of Freedom, Security and Justice?".

4/2007, Matteo Pierangelo Negrinotti, "The AstraZeneca Case".

5/2007, Vassilis Hatzopoulos, "Que reste-t-il de la directive sur les services?".

6/2007, Vassilis Hatzopoulos, "Legal Aspects in Establishing the Internal Market for services".

7/2007, Vassilis Hatzopoulos, "Current Problems of Social Europe".

1/2008, Vassilis Hatzopoulos, "Public Procurement and State Aid in National Healthcare Systems".

2/2008, Vassilis Hatzopoulos, "Casual but Smart: The Court's new clothes in the Area of Freedom Security and Justice (AFSJ) after the Lisbon Treaty".

3/2008, Takis Tridimas and José A. Gutiérrez-Fons, "EU Law, International Law and Economic Sanctions against Terrorism: The Judiciary in Distress?".

4/2008, Ludwig Krämer, "Environmental judgments by the Court of Justice and their duration".

5/2008, Donald Slater, Sébastien Thomas and Denis Waelbroeck, "Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform?".

1/2009, Inge Govaere, "The importance of International Developments in the case-law of the European Court of Justice: Kadi and the autonomy of the EC legal order".

2/2009, Vassilis Hatzopoulos, "Le principe de reconnaissance muTEUlle dans la libre prestation de services".

3/2009, Dominik Hanf, "L'encadrement constitutionnel de l'appartenance de l'Allemagne à l'Union européenne. L'apport de l'arrêt « Lisbonne » de la Cour constitutionnelle fédérale".

1/2010, Vassilis Hatzopoulos, "Liberalising trade in services: creating new migration opportunities?"

2/2010, Vassilis Hatzopoulos & Hélène Stergiou, "Public Procurement Law and Health care: From Theory to Practice"

3/2010, Dominik Hanf, "Vers une précision de la *Europarechtsfreundlichkeit* de la Loi fondamentale - L'apport de l'arrêt « rétention des données » et de la décision « Honeywell » du BVerfG"

1/2011, Nicoleta Tuominen, "Patenting Strategies of the EU Pharmaceutical Industry – Crossroad between Patent Law and Competition Policy"

2/2011, Dominik Hanf, "The ENP in the light of the new "neighbourhood clause" (Article 8 TEU)"

3/2011, Slawomir Bryska, "In-house lawyers of NRAs may not represent their clients before the European Court of Justice - A case note on UKE (2011)"

4/2011, Ann Fromont et Christophe Verdure, "La consécration du critère de l'« accès au marché » au sein de la libre circulation des marchandises : mythe ou réalité ?"

5/2011, Luca Schicho, "Legal privilege for in-house lawyers in the light of AKZO: a matter of law or policy?"

6/2011, Vassilis Hatzopoulos, "The concept of 'economic activity' in the EU Treaty: From ideological dead-ends to workable judicial concepts"

1/2012, Koen Lenaerts, "The European Court of Justice and Process-oriented Review"

2/2012, Luca Schicho, "Member State BITs after the Treaty of Lisbon: Solid Foundation or First Victims of EU Investment Policy?"

3/2012, Jeno Czuczai, "The autonomy of the EU legal order and the law-making activities of international organizations. Some examples regarding the Council most recent practice"

4/2012, Ben Smulders and Katharina Eisele, "Reflections on the Institutional Balance, the Community Method and the Interplay between Jurisdictions after Lisbon"

5/2012, Christian Calliess, "The Future of the Eurozone and the Role of the German Constitutional Court"

1/2013, Vassilis Hatzopoulos, "La justification des atteintes aux libertés de circulation : cadre méthodologique et spécificités matérielles"

2/2013, George Arestis, "Fundamental rights in the EU: three years after Lisbon, the Luxembourg perspective"

3/2013, George Nicolaou, "The Strasbourg View on the Charter of Fundamental Rights"

4/2013, Jean Sentenac, "L'autorisation inconditionnelle en phase II - De l'imperfection du règlement 139/2004"

5/2013, Vassilis Hatzopoulos, "Authorisations under EU internal market rules"

6/2013, Pablo González Pérez, "Le contrôle européen des concentrations et les leçons à tirer de la crise financière et économique"